

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo 115, sala 130 – Centro – São Paulo/SP - CEP 01007-904
Fone: 3119-9061 / Fax: 3119-9060

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ___^a
VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE
SANTO AMARO – COMARCA DA CAPITAL

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por intermédio de seu Promotor de Justiça do Consumidor que a final assina, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 129, inc. III, da Constituição da República, nos arts. 81, parágrafo único, incs. I, II e III, e 82, inc. I, ambos do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), no art. 5º *caput*, da Lei Federal 7.347/85, e no art. 25, inc. IV, letra “a”, da Lei Federal 8.625/93, propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**, a ser processada pelo rito ordinário, contra

NESTLÉ BRASIL LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 60.409.075/0001-52, com endereço na Av. Doutor Chucri Zaidan, 246, Vila Cordeiro, São Paulo / SP, CEP 04.583-110

e **KELLOGG BRASIL LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 55.002.133/0001-99, com endereço na Rua Augusto Ferreira de Moraes, 602, Capela do Socorro, São Paulo / SP, CEP 04.763-001,

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

em razão dos fundamentos de fato e de direito e com ospedidosa seguir deduzidos:

A COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

A presente ação civil pública discute a violação de direitos difusos afetos à criança, inclusive mediante violação de direitos e garantias previstos no ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

Em tais circunstâncias, incide à espécie a regra de competência do art. 148, inc. IV, do ECA, que prevê:

Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

(...)

IV - conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no Art. 209;

E essa competência é absoluta, consoante reafirmado em recentíssimo precedente do E. Tribunal de Justiça de São Paulo: TJSP – Apelação 994.06.037247-6, Rel. Des. Elcio Trujillo; j. 07/04/2010, v.u. (cópia anexa).

OS FATOS

A atuação das rés no mercado de alimentos

As rés são empresas privadas que atuam no mercado como fornecedoras de consumo. Produzem e põem no mercado de consumo produtos alimentícios, dentre os quais os chamados cereais matinais, v.g.: (a) *Nescau*, *Snow Flakes*, *Estrelitas* e *Crunch*, da NESTLÉ; e (b)

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

Sucrilhos, Choco Krispis, Froot Loops, Chokos e Honey Nutos, da KELLOGG.

A propósito de suas estratégias de publicidade e *marketing*, relacionadas aos aludidos produtos do setor de alimentos industrializados, a Promotora de Justiça do Consumidor da Capital (São Paulo) instaurou o inquérito civil MP 14.161.924/08-2, cujos autos instruem a presente petição inicial.

Publicidade e marketing para crianças

Para incrementar as vendas de tais produtos, as rés desenvolvem práticas de publicidade e *marketing* nitidamente voltadas para o público infantil, segmento importante no consumo dos produtos que elas conduzem ao mercado de consumo.

Na implementação de tais estratégias comerciais, as rés a todo tempo utilizam imagens de personagens próprios do universo lúdico infantil, seja na publicidade direta, seja na apresentação de produtos em embalagens repletas daquele conteúdo imagético e lúdico.

A par disso, “seduzem” as crianças a assimilar suas marcas mediante oferta de jogos e de “brindes”, tudo de modo a fazer com que o convite a consumir os produtos se apresentem no imaginário infantil como um convite à brincadeira.

A oferta de jogos hoje não se limita às embalagens ou “brindes” a ela agregados, porque agora são oferecidos também em sítios de Internet desenvolvidos

PROMOTORA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

pelas rés especialmente para esse fim, v.g., nos endereços eletrônicos

<http://www.nestle.com.br/maisdivertido/>

(acesso em 30 de abril de 2010)

ou <http://www.sucrilhos.com.br/site/game.php>

(acesso em 30 de abril de 2010).

O resultado sobre o consumo

Essas estratégias agressivas de publicidade sem dúvida surtem efeitos proveitosos à indústria de alimentos, não apenas em virtude de extrema vulnerabilidade da criança à comunicação mercadológica, mas também porque resultam na construção de novos padrões de hábitos alimentares que, inculcados em tenra idade, acompanharão o consumidor na adolescência, na juventude e na vida adulta.

RITA DE CÁSSIA DE AQUINO e SONIA TUCUNDUVA PHILIPPI, do Departamento de Nutrição da Faculdade de Saúde Pública da USP – Universidade de São Paulo, em matéria publicada na Revista de Saúde Pública, destacam a sensibilidade da infância à formação dos hábitos alimentares:

A diversidade e o aumento da oferta de alimentos industrializados podem influenciar os

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

padrões alimentares da população, principalmente a infantil, uma vez que os primeiros anos de vida se destacam como um período muito importante para o estabelecimento de hábitos. O consumo inadequado, em excesso e muito frequente destes alimentos, pode comprometer a saúde nesta fase e na idade adulta. Muitos alimentos industrializados são ricos em gorduras e carboidratos refinados, apresentando elevado valor energético. Além disso, os hábitos adquiridos com o aumento do consumo de alimentos industrializados podem reduzir o consumo de alimentos "in natura".¹

Não por acaso é que se vem noticiando a crescente ingestão de tal sorte de produtos por consumidores infantis. V.g., qual noticiado na Seção Gastronomia e Negócios, do portal Universo Online:

Estudos apontam que cerca de 15% das crianças brasileiras sofrem de obesidade - um aumento significativo quando comparado com a década de 80, onde apenas 3% das crianças eram obesas.

¹ *Consumo infantil de alimentos industrializados e renda familiar na cidade de São Paulo*. Rev. Saúde Pública, vol. 36, no. 6; São Paulo: Dezembro/2002; disponível também em http://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0034-89102002000700001&script=sci_arttext; acesso em 27 de novembro de 2009.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

Um dos fatores importantes que contribuíram para esse aumento foi o crescimento do consumo de alimentos ricos em gorduras e açúcares, com alto valor calórico, associado a um sedentarismo excessivo (as crianças têm gasto muito tempo em passatempos pouco ativos como assistir a TV, jogar videogames e usar computadores).²

A efetiva influência da publicidade dirigida ao público infantil, aliás, é a única razão mercadológica de a indústria de alimentos persistir na aplicação substancial de recursos nessas estratégias de *marketing* que visam a criança consumidora.

O DIREITO

A hiper vulnerabilidade da criança no Direito Internacional

O exame da lide que ora se propõe requer a consideração de uma de suas premissas com especial proeminência: **a criança é indivíduo de especial vulnerabilidade e com especial tutela no ordenamento.**

Desde 1924 a humanidade reconhece o direito das crianças à especial proteção. Naquele ano, “a Assembleia da Sociedade das Nações adoptou uma resolução endossando a Declaração dos Direitos da Criança promulgada no ano anterior pelo Conselho da União

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

Internacional de Protecção à Infância (Save the Children International Union), organização de carácter não-governamental. Nos termos da Declaração, os membros da Sociedade das Nações são chamados a guiar-se pelos princípios deste documento, o qual passou a ser conhecido por Declaração de Genebra”.³

Em 1946, a Declaração de Genebra teve sua adoção recomendada pela ONU, que naquela ocasião fundou o UNICEF (então um Fundo de Emergência das Nações Unidas para as Crianças), que quatro anos depois tornou-se um fundo de atuação permanente na protecção da infância planeta afora. Dois anos se passaram e a Assembléia Geral da ONU instituiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem que, em seu art. 25, estabeleceu que “a maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais”.

Mas foi em 20 de novembro de 1959 que a Assembléia Geral da ONU promulgou o documento jurídico mais importante na história da protecção e defesa da infância: a Declaração Universal dos Direitos da Criança, que no Princípio II proclama soberanamente que **“A criança gozará de protecção especial”**.

A hiper vulnerabilidade da criança no Direito Constitucional pátrio

³ <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-estudos-ca-dc.html#IA>; acesso em 27 de novembro de 2009.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

No Direito interno, coerente com os princípios adotados pelas Nações Unidas, a Constituição Republicana de 1988 definiu a proteção à infância como *direito social*, integrante dos Direitos e Garantias Fundamentais (Título II).

E no Título VIII, dedicado à Ordem Social, a Carta Constitucional imputou ao Estado e a toda a sociedade a proteção à criança como ***absoluta prioridade***:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁴

A hiper vulnerabilidade da criança no Direito Infraconstitucional

Na órbita infraconstitucional, são dois os diplomas legais fundamentais que melhor traduzem essa preocupação com a tutela especialíssima à infância: o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e o CDC - Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Destacam-se do **ECA** os art. 15 e 71, que impõem tutela diferenciada à criança em virtude de se

⁴ Sublinhamos ao transcrever.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

cuidar de indivíduo em situação peculiar, mercê de encontrar-se em processo de desenvolvimento:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento

Do CDC desponta igualmente a tutela especial à criança:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 2º. É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

Mesmo para os profissionais da publicidade — para quem evidentemente não pode ser atraente abdicar de um mercado rentável como o dos consumidores infantis⁵ — não mais é possível recusar a especial vulnerabilidade das crianças diante da publicidade que lhes possa ser dirigida.

Como se sabe, o CONAR é um conselho privado, formado e gerido pelos próprios profissionais de *marketing*. Não tem poder de instituir normas *legais* e, obviamente, nem o faria em prejuízo de seus próprios membros. Mas mesmo o CONAR, ao instituir o seu Código Brasileiro de Auto Regulação Publicitária, acabou por admitir a peculiar vulnerabilidade da criança em face da atividade publicitária:

Artigo 37. Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais: (...)

II - Quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes seus anúncios deverão:

a) procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e

⁵ Por isso, certamente, os publicitários em geral e o próprio CONAR não chegam a admitir a ilicitude da publicidade infantil.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo;

b) respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;

c) dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;

Quando a publicidade concerne a alimentos, o item 2, do Anexo H, do Código de Auto Regulação Publicitária, acrescenta:

2. Quando o produto for destinado à criança, sua publicidade deverá, ainda, abster-se de qualquer estímulo imperativo de compra ou consumo, especialmente se apresentado por autoridade familiar, escolar, médica, esportiva, cultural ou pública, bem como por personagens que os interpretem, salvo em campanhas educativas, de cunho institucional, que promovam hábitos alimentares saudáveis.

Não há então ponto de análise que não conduza à indiscutível *hipervulnerabilidade* da criança no mercado de consumo e no arrostar as mais variadas e onipresentes mensagens publicitárias que lhes dirigem os fornecedores de consumo e seus marqueteiros.

A publicidade

Na dicção de CARLOS ALBERTO BITTAR, publicidade é “a arte e técnica de elaborar mensagens para, por meio

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

de diferentes formas de manifestação e de veiculação, fazer chegar aos consumidores determinados produtos ou serviços, despertando neles o desejo de adquiri-los ou deles dispor”.⁶

Como observa ISABELLA VIEIRA MACHADO HENRIQUES, “O conceito de ‘publicidade’ não está previsto em lei, mas, em vista das diversas definições já elaboradas por ilustres doutrinadores – algumas das quais a seguir apresentadas –, pode ser sintetizado como sendo uma forma de oferta e, portanto, de prática comercial, que se vale dos meios de comunicação social de massa para difundir os benefícios e vantagens de determinado produto ou serviço, cujo consumo se pretende incentivar, perante o respectivo público consumidor potencial ou efetivo.”⁷

Mesmo na linguagem leiga, não é diverso o sentido dos termos *publicidade* e *marketing*. Segundo o Dicionário Eletrônico Aurélio, *marketing* é o “Conjunto de estratégias e ações que provêm o desenvolvimento, o lançamento e a sustentação de um produto ou serviço no mercado consumidor”. O renomado dicionário trata o vocábulo *publicidade* como sinônimo de *propaganda* e apresenta a seguinte definição: “Difusão de mensagem, ger. de caráter informativo e persuasivo, por parte de anunciante identificado, mediante compra de espaço em TV, jornal, revista, etc.”

⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra publicitária*. São Paulo: RT, 1981. p.73.

⁷ HENRIQUES, ISABELLA VIEIRA MACHADO. *Publicidade Abusiva Dirigida à Criança*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 36.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

*Seduzir*⁸ o consumidor é então intento imanente a toda atividade publicitária, cuja razão de ser confunde-se mesmo com tal desiderato.

Em tempos atuais de *sociedade de consumo de massa*, a publicidade assume papel preponderante na *formação* das vontades individuais e coletivas, criando novos padrões de comportamento — e sobretudo de consumo — mediante infusão de novos hábitos de alimentação, de lazer, de estudo etc.

Na lição de CLAUDIA LIMA MARQUES, “A mensagem publicitária tem, porém, características próprias (exiguidade do tempo, incitação à fantasia, apelo visual etc.) que deverão ser levados em conta. Mas hoje ninguém duvida da forte influência que a publicidade exerce sobre a população e sobre sua conduta na sociedade de consumo. Nesse sentido, o CDC regula a publicidade, como meio de informação ao consumidor, para lhe vincular alguns efeitos nos arts. 30, 31, 35, 36, 37 e 38.”⁹

No âmbito dos hábitos alimentares, preciosas são as observações de SUZANA INEZ BLEIL¹⁰:

⁸ O vocábulo *seduzir* evidentemente não é aqui empregado no sentido jurídico penal.

⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 780/781.

¹⁰ BLEIL, SUZANA INEZ. *O Padrão Alimentar Ocidental: considerações sobre a mudança de hábitos no Brasil*. Artigo publicado no Vol. VII/ 1998 da Revista Cadernos de Debate, uma publicação do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Alimentação da UNICAMP, páginas 1-25 (disponível em <http://www.uftm.edu.br/discdnu/AVdiscdnu090303095918.pdf>; acesso em 27 de novembro de 2009).

PROMOTORA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

A comida é uma forma de comunicação, na qual o indivíduo vai explicitar inclusive sua visão de mundo, ou seja, “comer é revelar-se”.

A escolha do alimento revela muitas vezes a que grupo se deseja pertencer, seja este social, étnico ou de idade.

(...)

Hoje somos levados como rebanhos para tudo que possa facilitar o trabalho na cozinha. Os alimentos são comprados quase prontos para o consumo e daí o boom dos congelados, do pré-cozido (arroz, principalmente) e do que já vem pré-temperado (a carne de frango).

Estes produtos, inventados pela indústria, são novos ao paladar e aos hábitos. Assim, para facilitar sua aquisição, normalmente a indústria vai se valer de algumas estratégias. De um lado a embalagem vai ser extremamente colorida para chamar a atenção do consumidor. De outro lado os produtos passam a ser fabricados incorporando enormes quantidades de açúcar, sal e gordura. Além disso os aditivos químicos tornaram-se cada vez mais comuns.

(...)

As preferências alimentares na sociedade moderna estão cada vez mais influenciadas pela publicidade”. É interessante assinalar que o significado dos alimentos vai ser elaborado principalmente no ato da sua transformação e do seu consumo. No que concerne à sua produção poucos significados serão incorporados.

A indústria tem sido eficaz nesta função, qual seja, a de outorgar símbolos a tudo que produz. Muitas vezes o que tem valor simbólico pode trazer prejuízos: é gostoso mas não tem valor nutricional.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

Os métodos e os resultados que conceitualmente se afetam à publicidade alcançam todo indivíduo exposto ao *marketing* e à publicidade. Mas de modo especial — e ilícito — agem sobre as crianças.

A publicidade dirigida à criança

Como se disse, toda criança é *hiper vulnerável* e credora, por definição do ordenamento jurídico, de tutela especial.

A *ratio jure* dessa proteção diferenciada e prevalente não é senão decorrente de sua condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento, como proclamado no art. 15 do ECA (Lei 8.069/90).

Porque ainda se encontra em processo de desenvolvimento, a criança não está desenvolvida emocional, psicológica e socialmente. Por isso não tem condições ainda de compreender a intenção da publicidade, tampouco de avaliar-lhe a credibilidade e a adequação às suas necessidades como indivíduo.

É coisa notória que as crianças não possuem maturidade (psicológica, emocional e intelectual) bastante para entender o caráter publicitário dos mais variados expedientes de *marketing* que hoje lhes são direcionados. É isso, aliás, que inspira a tendência do *marketing* contemporâneo a cada vez mais buscar a criança como destinatário de suas estratégias. É comum hoje se ver roupas de bebês estampando logotipos de marcas de automóveis,

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

campanhas publicitárias de bancos com animações e músicas infantis, brindes para crianças na compra eletrodomésticos etc.

Tão óbvia é a facilidade de seduzir o consumidor infantil, que agressivas estratégias de *marketing* chegam a extremos surpreendentes, como o caso em que Pepsi, Dr. Pepper e Seven-Up licenciaram nos EUA seus logotipos a um fabricante de mamadeiras. O objetivo? Incutir nos bebês a afeição pelas marcas e lhes estimular o futuro consumo de refrigerantes.¹¹ Trata-se da estratégia de criar consumidores “do berço ao túmulo”, como destaca SUSAN LINN, notável estudiosa norteamericana dos abusos da publicidade no universo infantil.¹²

Convidado pelo Conselho Federal de Psicologia, YVES DE LA TAILLE — Professor Titular do Instituto de Psicologia da USP e de *Moral e Ética - dimensões educacionais e afetivas*, vencedor do Prêmio Jabuti 2007 — emitiu parecer sobre o Projeto de Lei 5921/2001¹³ em que destacou que o objetivo da publicidade é “penetrar a psique alheia”, para “transformá-la em benefício próprio”¹⁴.

¹¹ MICHAEL F. JACOBSON cita um estudo que constatou que as crianças estão quatro vezes mais sujeitas a tomar refrigerantes quando essas mamadeiras são usadas [*Liquid Candy* http://www.cspinet.org/sodapop/liquid_candy.htm (maio 03)].

¹² LINN, SUSAN. *Crianças do Consumo: A Infância Roubada*. Tradução Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006.

¹³ Referido projeto legislativo trata da adoção de restrições mais explícitas à publicidade infantil.

¹⁴ Documento anexo a esta petição inicial, com reprodução a fls. 432/441 do inquérito civil.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

Essa “invasão” psicológica pode encontrar adultos mais ou menos aptos a discernir suficientemente o quanto lhe poderá convir. Ao menos em tese, o adulto tem desenvolvimento completo e bastante para o exercício de suas defesas psicológicas e emocionais.

Mas a criança não o tem, porque seu desenvolvimento é ainda incipiente. Daí estar “em processo de desenvolvimento”.

A reprovabilidade de tal sorte de expediente é diretamente proporcional à facilidade de seu sucesso de mercado: afinal, parece não ser muito difícil persuadir um consumidor que, não raro, ainda acredita em “Papai Noel”, “Coelhinho da Páscoa” e “Fada do dente”! Seduzir esse indivíduo, mais que uma barbada, é mesmo uma covardia.

Daí a certeza de que se a publicidade produz tais importantes efeitos sobre o público adulto, sua influência é avassaladoramente potencializada quando o destinatário do *marketing* é a criança.

Violação do processo de desenvolvimento da criança

Como se anotou, toda criança é *hiper vulnerável* e sua especial tutela no ordenamento resulta de sua condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento, nos termos do disposto no art. 15 do ECA (Lei 8.069/90).

Também já se viu acima que o objetivo da publicidade é “penetrar a psique alheia”, para “transformá-

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

la em benefício próprio”, consoante explicado por YVES DE LA TAILLE.¹⁵

Em brilhante trabalho sobre o tema, PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG destacou “o estudo do sociólogo sueco Erling Bjurström, elaborado a pedido do Estado sueco, que concluiu que crianças, até por volta dos oito e 10 anos, não conseguem distinguir publicidade de conteúdo de programação televisiva e crianças de até 12 anos não compreendem o caráter persuasivo da publicidade.”¹⁶

A ingerência da publicidade na formação dos valores

A proteção à criança é, no Estado Democrático e de Direito, *prioridade absoluta* do Estado e da sociedade, como preceitua o art. 227, da Constituição da República.

As normas do Código de Defesa do Consumidor que visam resguardar a criança dos malefícios da publicidade perniciosas são, pois, corolário da proteção prioritária consagrada constitucionalmente.

Igual predicado têm as normas estatuídas pela Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, notadamente nos arts. 15 e 17. O primeiro (art. 15) proclama indelével o respeito à especial condição de pessoa *em processo desenvolvimento*. O segundo (art. 17) faz explícito

¹⁵ Documento anexo a esta petição inicial, com reprodução a fls. 432/441 do inquérito civil.

¹⁶ HARTUNG, PEDRO AFFONSO DUARTE. *A Proibição Legal da Publicidade Dirigida à Criança no Brasil*. Em http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/artigos/Proibicao_publicidade_infantil.PHartung.pdf (acesso em 25 de março de 2010).

PROMOTÓRIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

que o direito ao respeito compreende a preservação dos valores e da integridade moral.

Não se pode conceber que o consumismo, que se concebe como um fim em si mesmo e domina o comportamento humano, subtraindo-lhe qualquer traço de razoabilidade, possa ser adotado pacificamente como *valor* a ser ensinado às nossas crianças.

Como adverte SUSAN LINN, *“quando o assunto é falar sobre o impacto da mídia comercial e da publicidade sobre as crianças, contudo, temos de falar sobre valores”*.¹⁷

A proliferação e universalização dos meios de comunicação de massa aliou-se nas últimas décadas ao notável desenvolvimento das técnicas de *marketing*, de sorte que hoje todos estamos, inclusive as crianças, submetidos à publicidade durante praticamente todo o tempo em que estamos acordados. Fácil, em tais condições, apreender a influência que a publicidade pode exercer sobre o público infantil.

O esclarecimento de SUSAN LINN é novamente oportuno: adverte a estudiosa que inócua pode ser nossa preocupação em verificar os valores das pessoas que cuidam de nossas crianças (p.ex.: babás, professores e médicos), se considerarmos que *“com a proliferação da mídia eletrônica, contudo, a vida de nossos filhos é profundamente moldada por pessoas que não os*

¹⁷ LINN, SUSAN. Ob. cit., p. 221.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

*conhecem e têm de se justificar somente perante seus colegas de trabalho, chefes e clientes”.*¹⁸

Toda atividade publicitária, como se viu, tem por finalidade conceitual a persuasão de seu destinatário ao consumo de produtos e serviços. Evidentemente, ela não considera a individualidade de cada pessoa exposta ao *marketing*, com suas particularidades, necessidades e posses. O *marketing* não tem por pressuposto que determinado consumidor tenha, ou não, necessidade de consumir o produto anunciado, ou mesmo que o possa consumir sem prejuízo de outras necessidades mais prementes.

O *valor* transmitido, enfim, é direto e singelo: “*consoma*”.

O ECA não definiu os *valores* cuja preservação determina. E não existe, realmente, previsto em lei, um rol dos valores que a sociedade deva prestigiar e, conseqüente, o direito proteger.

Os valores são naturalmente dependentes da cultura e do tempo que se tem em consideração, nos quais se insere como cânone aceito a observância de um determinado valor moral. Como documento não apenas jurídico, mas sobretudo político, a Constituição se apresenta então como um precioso referencial para encontrar os valores a serem juridicamente tutelados.

¹⁸ LINN, SUSAN. Ob. cit., p. 224.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

Na sociedade e tempo atuais, há certeza de que está urgente proteger a infância e a ela assegurar um desenvolvimento sadio e imune a qualquer sorte de exploração, física, intelectual ou emocional. Esse valor de proteção à infância, na sociedade contemporânea, está dentre os mais altos valores a serem juridicamente tutelados. Di-lo a Constituição da República, que proclama, sem rodeios, tratar-se de *absoluta prioridade* do Estado brasileiro (CF, art. 227).

Veja-se que para Constituição a “dignidade da pessoa humana” é mesmo fundamento do próprio Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, inc. III).

Professor de Direito da USP por quase quatro décadas, Coordenador da cátedra Unesco-USP de Direitos Humanos, Membro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e Juiz do Tribunal Permanente dos Povos, o jurista DALMO DE ABREU DALLARI concedeu entrevista durante a qual discorreu sobre a dignidade da pessoa humana:

“Uma colocação muito feliz foi feita [pelo filósofo] Pico della Mirandola, já há vários séculos, quando ele publicou um trabalho sobre a dignidade humana, no qual define o ser humano como a pessoa que produz a si mesma, ou seja, ela é produto do seu próprio desenvolvimento. Faz parte da dignidade a possibilidade do crescimento interior da pessoa, que exige o cuidado com o físico, mas também o cuidado da mente e a possibilidade de acesso aos conhecimentos. Isso é da essência da dignidade humana. É o reconhecimento de que o ser humano nasce com direitos fundamentais, como

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

declara enfática e expressamente a própria Declaração de 1948, mas também faz parte da dignidade a possibilidade de auto-realização de cada pessoa.”¹⁹

A identificação da publicidade e sua abusividade

Conforme se explanou, a criança é indivíduo em processo de desenvolvimento, sem condições biopsíquicas de distinguir, compreender, avaliar e fazer juízo crítico das mensagens publicitárias que hoje bombardeiam o seu cotidiano.

Em termos mais objetivos, a criança não tem condições sequer de perceber que uma publicidade é uma publicidade.

O Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 36 estabelece que:

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Se a criança não pode identificar qualquer publicidade como tal, é materialmente impossível a veiculação de publicidade dirigida a crianças que não viole a norma do art. 36/CDC, que é norma “de ordem pública e interesse social” (art. 1º/CDC), verdadeiro corolário da

¹⁹ Disponível em <http://www.mpd.org.br:80/ArticleAction.php?action=mostrar&id=22701>, acesso em 10 de outubro de 2008.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

proteção especial que a Constituição da República prescreveu para os consumidores em geral e, com distinto relevo, para a criança.

Equivocam-se, pois, aqueles que tentam sustentar a inexistência de violação direta, pela publicidade infantil, de normas de direito positivo. Há, como visto, flagrante e contundente afronta ao comando do art. 36 do Código de Defesa do Consumidor.

De mais a mais, a publicidade para crianças naturalmente se prevalece de sua *hiper vulnerabilidade*, que traduz dificuldade de juízo crítico e inexperiência. Noutros termos, se prevalece “da deficiência de julgamento e experiência da criança”, de sorte que também sob a ótica do art. 37, § 2º, do CDC, se trata de publicidade abusiva, defesa no ordenamento.

Afinal, é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva, diz o caput do art. 37/CDC:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

(...)

§ 2º. É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.²⁰

²⁰ Sublinhamos ao transcrever.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

A *hiper vulnerabilidade* do consumidor infantil representa, conceitualmente, a sua deficiência assim de julgamento como de experiência, *i.e.*, a sua imperfeita capacidade cognitiva e emocional para compreender e avaliar a mensagem publicitária.

Proteger a liberdade de quem?

Não raro se ouve a defesa da inexistência de limites à publicidade dirigida à criança com base, nem sempre por interesses confessáveis, no sofisma de que estabelecer limites à publicidade constituiria violação da liberdade de expressão prevista no art. 5º, IX, da Constituição da República.

Há constitucionalistas, como JOSÉ AFONSO DA SILVA²¹, que vêm na liberdade de expressão um “aspecto externo” de outras liberdades, como as liberdades de pensamento ou de credo. Pode-se então dizer que a liberdade de expressão é instrumental de outras liberdades.

Mas a própria Constituição estabelece os limites substanciais dessa liberdade instrumental, ao identificá-la como “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação”. Resultado: todos somos livres para expressar nossos pensamentos em geral, qual a nossa produção intelectual, científica, artística, filosófica, religiosa etc.

²¹ SILVA, JOSÉ AFONSO DA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996; p. 237/238.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

Fundamental então verificar se uma peça publicitária é, ou não, um exemplar dessa expressão que a Constituição pretende livre. E aqui a resposta é simples de veras, porque a publicidade que nos interessa, para efeito desta análise, é a publicidade comercial. Não tratamos aqui, afinal, de coisas ontologicamente distintas, como a propaganda eleitoral, o anúncio de um culto ecumênico ou a divulgação de um evento científico. O foco de nossa atenção, por agora, é exclusivamente a publicidade comercial, assim entendida toda forma de comunicação social massificada tendente a persuadir o maior número de pessoas ao consumo de determinado produto ou serviço.

Dada a sua finalidade precípua, a publicidade não tem então a finalidade de promover o debate de ideias, a contraposição de opiniões díspares, o confronto de análises sobre determinado objeto. Ao contrário, a publicidade trabalha, por definição, baseada em uma ideia única, uma concepção única de determinado objeto: a concepção de que o destinatário da mensagem deve adquirir o produto ou serviço do anunciante.

Nela, portanto, o autor da publicidade não externa um pensamento seu, não professa um credo pessoal, não manifesta sua intimidade sensível por meio da linguagem artística. Não raro, o próprio profissional criador da publicidade não é consumidor do produto anunciado, massim de seu concorrente.

Não se trata, absolutamente, de expressão na acepção do art. 5º, IX, da Constituição. Donde não ser possível cogitar da violação dessa garantia constitucional

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

quando se pensa em sustentar limites à publicidade, notadamente no que concerne ao público infantil.

De mais a mais, o pensamento, em todas as suas dimensões, deve estar livre. Isso é garantia constitucional, como se sabe (art. 5º, IV). A invasão da psique do indivíduo, com a manipulação de seu pensamento, pode ser então a antítese da liberdade do pensamento.

Como antes se disse, os mais autorizados especialistas no assunto garantem que a criança, diferentemente do adulto em geral, é desprovida da plena capacidade de percepção, cognição e juízo de valor sobre as mensagens publicitárias. A depender da idade, sequer está apta, por exemplo, a diferenciar a publicidade do programa de televisão em que intercalada.

Resulta certo então que a invasão de sua psique (para incutir-lhe o desejo e impulso de consumo), mais que influenciar, vem lhe tolher substancialmente a liberdade de pensamento, para lhe impingir sorrateiramente ideias, vontades e valores que não são genuinamente seus ou de seus responsáveis.

A esse propósito, o emérito Professor YVES DE LA TAILLE, firmando parecer técnico em nome do CRF - CONSELHO REGIONAL DE PSCOLOGIA nos autos de inquérito civil que cuidava de tema parecido (Inquérito Civil 269/08, da Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Infância e da Juventude da Capital), chegou mesmo a classificar esse tipo de publicidade como

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

“manipulação simbólica e afetiva” da criança (cfr. cópia a fls. 868/871, do inquérito civil que instrui a presente petição).

Em palavras breves, se for possível pensar em violação de liberdade, é a publicidade que viola a garantia constitucional da liberdade de pensamento da criança. Eis a verdade a ser dita.

O silogismo e sua conclusão

Tais fundamentos dão lastro efetivo ao silogismo e conclusão apresentados nesta petição inicial, que assim ficam resumidos:

1. A criança é hiper vulnerável nas relações jurídicas, inclusive nas relações de consumo.
2. A criança não tem condições biológicas, psíquicas e emocionais de distinguir, avaliar e fazer juízo crítico sobre mensagens publicitárias.
3. A publicidade dirigida à criança lhe compromete a formação de valores.
4. A publicidade dirigida à criança ingere indevidamente sobre sua liberdade de pensamento.
5. A publicidade dirigida à criança não permite a sua identificação como tal.
6. A publicidade dirigida à criança se aproveita de sua inexperiência e dificuldade de julgamento.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

7. A publicidade dirigida à criança viola a Constituição da República, o ECA (Lei 8.069/90) e o CDC (Lei 8.078/90).

OS PEDIDOS

O pedido principal

Mercê de todo o exposto, o autor pleiteia a procedência desta ação civil pública, com o acolhimento do seguinte pedido:

Condenação das rés à obrigação de não fazer consistente em se abster de promover, veicular ou de qualquer forma contribuir para a divulgação de peça publicitária, mensagem publicitária ou outra forma de comunicação publicitária dirigida a crianças, inclusive as apresentadas sob forma de jogos, brindes ou brinquedos. O descumprimento desta condenação deverá sujeitar a ré infratora a multa cominatória (Lei 8.078/90, art. 84; e Lei 7.347/85, art. 11), no valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), por peça, mensagem ou comunicação publicitária desconforme à decisão judicial.

Pedidos acessórios

O autor requer ainda:

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

- a)** Seja determinada a citação e intimação postal das rés, nos endereços acima informados, a fim de que, com expressa advertência sobre os efeitos da revelia (CPC, art. 285) e no prazo de 15 (quinze) dias, apresentem resposta, se lhes aprouver, aos pedidos ora deduzidos;
- b)** Seja determinada a expedição e publicação no órgão oficial do edital de que trata o art. 94 da Lei 8.078/90, a fim de que eventuais interessados possam intervir como litisconsortes;
- c)** A condenação das rés ao pagamento das custas processuais, devidamente atualizadas;
- d)** A dispensa do autor ao pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, tendo em vista o disposto no art. 18 da Lei 7.347/85.
- e)** Sejam as intimações do autor feitas pessoalmente, mediante entrega dos autos com vista, na Promotoria de Justiça do Consumidor, sediada na Rua Riachuelo, 115, 1º andar, sala 130, Centro, São Paulo/SP, à vista do disposto no art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil, e no art. 224, inc. XI, da Lei Complementar Estadual 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público).

Protesta o autor por provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, especialmente pelas provas testemunhal, pericial e documental, bem assim por todos os demais meios que se apresentarem úteis à demonstração dos fatos aqui articulados, observado ainda o disposto no art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, no que toca à inversão do ônus da prova em

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

favor da coletividade de consumidores substituída processualmente pelo autor.

Anota, outrossim, que a presente petição inicial vai instruída com os autos do inquérito civil MP 14.161.924/08-2, instaurado e instruído pela Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital.

Para efeito de alçada, à causa atribui o valor de R\$500.000,00.

De tudo pede deferimento.

São Paulo, 4 de maio de 2010

paulo sérgio cornacchioni
6º PROMOTOR DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR